

CONSIDERACIONES PRELIMINARES REPRESENTACIÓN Y LEGITIMIDAD

El problema de la representación política constituye uno de los temas fundamentales en la organización del Estado contemporáneo. De un adecuado sistema representativo depende, en buena medida, la legitimidad de los sistemas políticos en su conjunto. Cuando la representación deja de funcionar en los términos que prescribe la Constitución o que espera la ciudadanía, se produce una fractura en la legitimidad del poder.

Se trata de una cuestión de gran importancia, porque de la acción de los representantes depende el estado de derecho. Habitualmente se considera que la legalidad de la conducta de los gobernantes corresponde a su adecuación a los preceptos de la ley. Esto es lo que suele denominarse estado de derecho. Pero ocurre que además de la legalidad, a los representantes se les exige que hayan accedido al poder mediante procedimientos considerados por toda la comunidad como razonables, libres, objetivos y equitativos.

Todos esos elementos dependen, en buena medida, de la apreciación subjetiva del ente colectivo llamado sociedad política. Cuando de acuerdo con la percepción general dominante los mecanismos para atribuir el poder a los representantes son razonables, libres, objetivos y equitativos, la sociedad está dispuesta a obedecer las decisiones de quienes la representan; cuando no es esa la percepción general, comienzan a darse las bases de la desobediencia civil.

Este tema forma parte de las preocupaciones cotidianas del México de nuestros días. Muchos de los fenómenos que a diario advertimos y calificamos como parte de un proceso de deterioro institucional, corresponden a la pérdida de la convicción generalizada de la legitimidad de los representantes. Una de las manifestaciones más frecuentes en ese sentido consiste en el desdén por la política. Incluso hemos llegado al extremo paradójico de que muchos protagonistas de la política expresan su desprecio por la política y por el derecho que la sustenta.

Lo malo es que el desprestigio de la política normalmente precede episodios autocráticos, ahora llamados eufemísticamente “autoritarios”. En efecto, desde hace pocas décadas se comenzó a hablar de “autoritarismo” como una forma de suavizar las referencias primero al totalitarismo nazi y luego a la dictadura franquista. El término prosperó, sobre todo con el impulso que le imprimió Juan Linz (“Opposition in and under an authoritarian regime: the case of Spain”, *Regimes and oppositions*, ed. por R. A. Dahl, 1973), y ahora opera como sucedáneo de lo que no es otra cosa que la propensión a concentrar el poder en manos de una persona o de un grupo.

El desprestigio de la política tiene un doble efecto en cuanto a la legitimidad: por una parte, los ciudadanos comienzan a ver con recelo a todos aquellos que aspiran a representarlos, y en lugar de apreciarlos por sus méritos políticos, los valoran justamente por lo contrario; por carecer de las máculas que trae consigo el ejercicio de la política. Así, acaba atribuyéndose honestidad al inexperto, simplemente por no haber tenido contacto con el quehacer político. Esto lleva a algunas sociedades a aceptar posiciones de manifiesta irresponsabilidad y demagogia, como las más adecuadas para solucionar los problemas generados por los políticos.

La convicción generalizada de la legitimidad de los representantes está en el origen del acatamiento colectivo y voluntario de la autoridad. Se sabe que cuando la autoridad se excede, existen los medios adecuados para corregir el yerro, pero que en términos generales hay una garantía de efectividad y objetividad en la acción de los órganos del poder. Esto permite, incluso, resolver uno de los problemas más serios a que se enfrenta el Estado: el de los límites de la ley.

En efecto, siempre ha habido una zona de la vida colectiva donde la aplicación estricta de la ley ha sido objeto de matices. Un viejo principio de derecho romano reza “*dura lex sed lex*” (*Digesto*, 40, 9, 12). Sus implicaciones son claras: entre el daño de aplicar la ley y el de no hacerlo, se opta por el primero. Las consecuencias de la rigidez implacable pueden ser muy amplias; valgan los ejemplos literarios de Víctor Hugo en *Los miserables*, o de Heinrich von Kleist en *Michael Kolhaas*. Se trata de intensos cuadros morales en los que la aplicación de la dura ley desemboca en lo monstruoso.

Ocurre que todo sistema político, fundamentalmente los más abiertos, admiten la posibilidad de límites para la aplicación de la ley. Esos límites

consisten, precisamente, en la libertad de valoración atribuida a los representantes para que determinen en qué casos, y hasta qué extensión, es posible tolerar conductas transgresoras de la legalidad. Los casos más frecuentes son aquellos en que se producen manifestaciones tumultuarias que, desde la perspectiva del orden legal estricto, inciden en acciones normalmente sancionadas. Nadie está autorizado a impedir la circulación por las vías de tránsito, por ejemplo; pero esta limitación no suele operar cuando se trata de concentraciones populares, autorizadas o no por las autoridades administrativas.

Abundan los casos como ése. Los términos de la tolerancia se extienden, en todos los sistemas constitucionales democráticos, en beneficio de las libertades públicas, más allá de las limitaciones impuestas por los preceptos legales (*vid.* Voltaire, *Traité sur la tolérance*). Las sociedades aceptan que sus representantes disfruten de márgenes de discrecionalidad tanto más amplios cuanto más legítimos los consideren. En otras palabras, entre más desconfíen de sus representantes, más exigentes serán con ellos en cuanto a la aplicación de la ley.

En esas condiciones, la ley se vuelve objeto de aplicación ritual y textual. Los titulares del poder no pueden eximir a nadie de ese proceso, porque a ellos tampoco les favorece la confianza colectiva. Ocurre, sin embargo, que toda sociedad requiere válvulas de escape para las tensiones cotidianas, que suponen espacios de tolerancia. Cuando se carece de esos espacios porque también falta confianza en la idoneidad de los representantes, sobreviene el endurecimiento de la vida social, en nombre de la sociedad pero en perjuicio de ella misma.

No se interprete que aquí hago una especie de apología de la desaplicación de la ley. Ocurre, simplemente, que no todo cuanto ocurre en la vida de una sociedad puede estar normativamente previsto y regulado. Las democracias, en tanto que sistemas abiertos, están expuestas a considerables vicisitudes. Por sus propias características, estos sistemas permiten incluso conductas que les son adversas. La tolerancia es la gran virtud de los sistemas democráticos, pero es también su punto más vulnerable. Las dictaduras se derrumban cuando los excesos de la intolerancia no dejan otra salida que la violencia; las democracias se quiebran cuando la tolerancia se transforma en indefensión.

Ninguna Constitución establece dónde se encuentra el punto de equilibrio. Este aspecto corresponde al arte de la política. Por eso el derecho

es el contenido ético de la política, pero la política es ejercicio práctico del derecho. Quien espere encontrar todas las soluciones para los problemas del poder en la letra de los códigos, corre el riesgo de equivocarse; y quien ignore que la ley tiene límites, más allá de los cuales es necesario actuar con fundamento en los preceptos de la política, corre el riesgo de quedarse sin respuestas.

El estado de derecho consiste en la adecuación de los actos del poder a la letra de la ley. Sin embargo, la propia ley prevé la posibilidad de casos extremos, fuera de su regulación. La Constitución dispone (artículo 14) que “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. El Código Civil para el Distrito Federal (artículo 19) recoge ese precepto e incluso amplía sus consecuencias, pues los refiere no sólo a las sentencias, sino, de manera más general, a “las controversias judiciales”. La génesis de estos preceptos se localiza en los códigos civiles de Austria, de 1812, y de Cerdeña, de 1837. Posteriormente pasaron a la legislación española y aparecen en México en el Código Civil de 1870 y en la Constitución de Querétaro.

La doctrina civilista ha resuelto ese enunciado, pero puede formularse válidamente una pregunta: ¿la aplicación supletoria de los principios generales del derecho sólo es valedera en los asuntos de naturaleza civil? ¿No procede también en las cuestiones de orden político?

Por otra parte, también surge otra cuestión: se admite la aplicación supletoria cuando no existe disposición legal para el caso de que se trate. Ahora la pregunta consiste en determinar si quien aplica la ley está o no en posibilidades de optar entre el mal menor y el mal mayor que resulte de aplicar o de omitir la ley. En otras palabras, hay situaciones límite en las que el costo de la aplicación del derecho puede ser mayor para la comunidad, que el de su desaplicación. Esto parece una paradoja, pero si examinamos ejemplos obtenidos de la realidad, veremos que no lo es tanto.

Los tribunales turcos impusieron la pena de muerte al conocido terrorista Ocalam, fundada en los numerosos y crueles atentados que ordenó y practicó, con motivo de los que perdió la vida un gran número de personas. La respuesta de Ocalam no se hizo esperar: su ejecución sería sucedida por una ola de atentados terroristas. La comunidad europea reac-

cionó de una manera que no corresponde a la estricta aplicación de la ley: solicitó al gobierno turco que dejara sin efectos la sentencia judicial. ¿Es esto razonable?

No se trata de un caso en el que la ley no proporcione las claves para resolver una situación específica. Por el contrario, la disposición penal turca en el caso de los homicidas es muy clara. Pero ocurre que la aplicación de la ley puede representar daños mayores para la sociedad que su omisión. Esto es a lo que llamamos los límites de la ley.

Otro caso es el que se va extendiendo en las disposiciones penales, sobre todo de los países afectados severamente por la delincuencia organizada. Se ha desarrollado una forma de atenuación del rigor de la ley con relación a los “arrepentidos”, o a quienes ofrecen información relevante para poder procesar a otros delincuentes. En realidad se trata de excepciones a la aplicación estricta de la ley, en aras de evitar un perjuicio mayor o de obtener una ventaja superior.

En estas circunstancias no debe perderse de vista que los funcionarios normalmente desempeñan su cargo previo juramento de cumplir y hacer cumplir la ley. Cuando no lo hacen en función de consideraciones próximas a las que justifican los estados de excepción, ¿incurren en una infracción punible? Todos los sistemas constitucionales democráticos incluyen disposiciones aplicables en casos de extrema tensión, conforme a los cuales es posible suspender los efectos de alguna o algunas normas de la propia Constitución. En este caso se trata de hacer frente a riesgos de considerable magnitud para la vigencia del orden constitucional; pero ¿cómo tratar los casos de menor enjundia, que de todas maneras son susceptibles de acarrear perjuicios a la comunidad y al orden jurídico del Estado?

¿Qué debe hacerse en situaciones así? ¿Tomar la ruta de la inflexibilidad, aun cuando lleve a un probable conflicto mayor que el problema que se pretende solucionar, o hacer lo posible por superarla? ¿Cuál de ambas opciones representa menores costos sociales? La doctrina y la ley reconocen que se debe aplicar un tratamiento especial a las personas que en estado de necesidad incurran en conductas sancionables; ¿cabe extrapolar el concepto de estado de necesidad a los órganos del poder cuando se trata de proteger las libertades públicas?

Véase que se trata de una situación exactamente opuesta al estado de excepción, que corresponde a la vieja razón de Estado. Si el poder puede limitar parcial y temporalmente algunas libertades públicas y de-

rechos individuales, ¿está impedido para hacer lo contrario, y en situaciones límite ampliar el umbral de tolerancia y de libertades, más allá de lo que la norma establece? Hasta ahora se acepta, por prácticamente todos los sistemas constitucionales, la posibilidad de restringir el espacio de libertad social e individual en condiciones excepcionales; ¿no habrá condiciones excepcionales que justifiquen precisamente lo contrario: ampliar y garantizar ese espacio?

La Constitución de Guatemala (artículo 155) contiene una singular disposición: hay responsabilidad de los servidores públicos cuando “infrinjan la ley en perjuicio de particulares”. Opera un principio análogo al que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley “en perjuicio de persona alguna”. Si se admite la retroactividad que favorece a las personas, al parecer en el sistema guatemalteco también se admite la infracción de la ley cuando de ello resulte algún beneficio para los destinatarios de la norma.

En la práctica política así ocurre y ha ocurrido siempre en los sistemas abiertos, sólo que el problema no ha sido abordado en cuanto a sus múltiples implicaciones teóricas. Uno de los problemas que se presentan, en estos casos, es el de abrir las puertas a la discrecionalidad de los gobernantes, con los riesgos para la sociedad que esto implica. Por eso el tema de la representación se tiene que vincular con el de la legitimidad. Al no ser imperativa la representación, se pueden dejar ciertos márgenes de apreciación a los representantes para que, en circunstancias extremas, cuando el daño a las libertades públicas que resulte de la aplicación estricta de la ley sea mayor que el de su omisión parcial, se opte por esta última decisión. Esto sólo es admisible en tanto que el nexo de confianza que legitima a los titulares de los órganos del poder se base en el reconocimiento de sus virtudes públicas, que ya Aristóteles (*Política*, IV, 4, 17) advertía como el requisito de obediencia que los gobernados imponen a los gobernantes.

Se trata de un tema trascendente. En muchas ocasiones la autoridad no puede resolver determinados desafíos sólo con la ley en la mano; existen también asuntos en que deben adoptarse soluciones políticas eficaces que no ocasionen daños mayores de los que se quiera resolver. Un problema no se soluciona creando otro, pero tampoco eludiéndolo.

En política es todavía más difícil que en el ámbito de las relaciones civiles prever todas las posibles circunstancias en las que puede vivir una sociedad. De ahí que sea tan importante la confianza en los representantes

políticos. Entre mayor sea la convicción de su legitimidad, mayor será el espacio de tolerancia que todos los ciudadanos disfrutarán.

El problema de la representación ha sido examinado desde muy diversas perspectivas. Kelsen (*Teoría general del derecho y del Estado*, 1979, pp. 343 y ss.) considera la representación como una ficción jurídica, y para Rousseau no es sino una ficción democrática. No obstante, Rousseau, en su estudio sobre la Constitución de Polonia (*Considerations sur le gouvernement de Pologne*, VI), tuvo que admitir, a diferencia del *Contrato social*, que había aspectos de la vida política que sólo podían ser resueltos mediante procedimientos representativos.

En la actualidad nadie controvierte que los sistemas democráticos requieren mecanismos de representación. Sólo la democracia suiza se basa en instrumentos de democracia directa. Pero el problema de nuestro tiempo hay que verlo en otra dimensión: ¿qué tan “representativa” es la representación?

Los sistemas electorales, la influencia mediática, la acción de los grupos de interés, la “globalización” misma, son factores que influyen en el funcionamiento de los sistemas representativos. Es un hecho político y jurídico que los representantes no están vinculados con los representados (R. Carré de Malberg, *Teoría del Estado*, 1998, pp. 956 y ss.) más que por nexos muy tenues, que no implican un mandato imperativo para quienes reciben un voto favorable. En este sentido también es rescatable la crítica de Rousseau (*Contrato social*, III, 15) cuando señalaba que los ciudadanos británicos sólo eran libres durante el fugaz momento que sufragaban.

Los correctivos democráticos de la representación son varios. Uno es el llamado *recall*, o revocación, que se aplica en sistemas constitucionales como el suizo, pero que suponen una clara contradicción con el sistema representativo (B. Manin, *Los principios del gobierno representativo*, 1998, p. 201); otro es la utilización de las formas de consulta directa a la ciudadanía, como el plebiscito y el referéndum. Uno más, el de mayor eficacia, es la posibilidad de que el elector reelija o no a su representante. Este último es de aplicación prácticamente universal; son muy pocos los casos, como ocurre en México y Costa Rica, en que está prohibida la reelección sucesiva de los legisladores. Esta limitación representa, en el caso mexicano, un fuerte condicionamiento a la naturaleza democrática del sistema representativo.

Sin embargo, ningún correctivo garantiza el funcionamiento idóneo del sistema representativo. Los sistemas electorales no han conseguido deterrar las prácticas clientelistas que acompañan a buena parte de los comicios. Tampoco han podido evitar la hegemonía de los grupos directivos de los partidos, que condicionan la libertad electoral de los ciudadanos. Por su parte, la influencia de los medios sobre la ciudadanía está muy relacionada con el ascendiente de los grandes intereses económicos sobre los medios. Esto tampoco se ha podido resolver.

En cuanto a las formas de consulta directa a la ciudadanía, presentan básicamente dos limitaciones: por un lado, no es posible asegurar la objetividad de la acción propagandística de los partidos y publicitaria de los medios (J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, cap. VI); por otra parte, el recurso a la consulta plebiscitaria suele poner en manos de los jefes de gobierno un poderoso instrumento para someter a los congresos, o por lo menos para reducir su importancia y autonomía.

Finalmente, los procedimientos para reelegir a los representantes también son susceptibles de generar distorsiones. Por eso en algunos sistemas constitucionales, nacionales y locales, se ha propendido a adoptar límites para la reelección. Son los casos de numerosos estados de la unión americana (G. Alan Tarr, *Understanding State Constitutions*, 1998, pp. 170 y ss.).

Este volumen reúne una serie de ensayos que abordan los problemas y perspectivas del sistema representativo desde diferentes ángulos. Colaboran reconocidos miembros de la academia; algunos además con experiencia en la práctica electoral. Se trata de una aproximación analítica y crítica a las relaciones entre democracia y representación, que sin duda ofrecerá al lector una fuente de información y reflexión sobre una de las cuestiones más relevantes de la etapa actual del desarrollo constitucional.

Diego VALADÉS
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
UNAM